

論 説

# 犯罪の終了時期 ——公訴時効・告訴期間の起算点をめぐる判例の検討——

松 原 芳 博

- I 議論の状況
- II 行為継続説と結果継続説
- III 名誉毀損罪と告訴期間——大阪高裁平成16年4月22日判決（高刑集57巻2号1頁）
- IV 競売入札妨害罪と公訴時効の起算点——最高裁平成18年12月13日決定（刑集60巻10号857頁）
- V 死体遺棄罪と公訴時効の起算点
- VI 外国人登録不申請罪と公訴時効の起算点——最高裁昭和28年5月14日判決（刑集7巻5号1026頁）

## I 議論の状況

(1)  
犯罪の終了時期は、それ以前の時点で既に犯罪が成立していることを前

- 
- (1) 本テーマにつき、後掲の評釈類のほか、宮崎澄夫「犯罪の既遂と実行行為の終了——共犯の成立に関して——」『刑事法学論集 故林頼三郎博士追悼』（1960年、中央大学法学会）237頁以下、筑間正泰「状態犯か継続犯か」広島法学2巻1号（1978年）27頁以下、古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判例タイムズ550号（1985年）90頁以下、林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学24巻2号（1988年）1頁以下、佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号（1994年）15頁以下、林幹人「即成犯・状態犯・継続犯」西田典之・山口厚編『刑法の争点〔第3版〕』（2000年、有斐閣）30頁以下、同「犯罪の終了時期——最高裁平成18年12月13日決定を契機として」刑事法ジャーナル9号（2007年）66頁以下、大山徹「継続犯としての不当な

提とするため、犯罪の開始時期としての実行の着手時期ほどの重要性を有しないものの、公訴時効の起算点、犯罪継続中に犯人を知っていた場合の告訴期間の起算点、処罰規定の新設や刑の変更があった場合の法令適用の基準時、故意や責任能力の存在時期、共犯成立の時間的限界等の画定という実践的な意味を有している。<sup>(3)</sup>

犯罪の終了時期については、状態犯（および即成犯）と継続犯の区別によって決まるとされてきた。窃盗罪を典型とする状態犯では既遂に達すると同時に犯罪は終了するのに対して、監禁罪を典型とする継続犯では既遂

---

取引制限罪（1）」杏林社会科学研究19巻3号（2003年）49頁以下、松原芳博「継続犯と状態犯」西田典之=山口厚=佐伯仁志編『刑法の争点』（2007年、有斐閣）28頁以下、山本雅昭「犯罪の終了について」静岡大学法政研究13巻3=4号（2009年）135頁以下、渡邊卓也「犯罪の終了時期と公訴時効の提起の時間的限界」姫路法学49号（2009年）37頁以下、伊藤渉「犯罪の終了時期に関する若干の考察」東洋法学54巻2号（2010年）61頁以下、近藤和哉「犯罪の終了についての一考察——大阪高判平成16年4月22（判タ1169号316頁）を素材として——」神奈川ロージャーナル4号（2011年）29頁以下、和泉澤衛「カルテル・入札談合に係る終了時期等について——途中離脱：行政事案と刑事事案をめぐって——」東京経済大学現代法学会誌23=24号（2013年）3頁以下、萩野貴史「外国人登録不申請罪の構造と公訴時効の起算点」『曾根威彦・田口守一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（2014年、成文堂）213頁以下、岡本昌子「状態犯と継続犯に関する一考察——最高裁平成24年7月9日第3小法廷決定を契機として——」産大法学49巻1=2号（2015年）1頁以下、橋爪隆「不作為の死体遺棄罪をめぐる問題」『新時代の刑事法学——椎橋隆幸先生古稀記念——下巻』（2016年、信山社）249頁以下、牧耕太郎「不作為による死体遺棄罪とその終了時期」上智法学論集59巻3号（2016年）167頁以下、山中友理「死体遺棄罪における遺棄行為の終了について」『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』（2018年、成文堂）275頁以下など。

- (2) 犯罪の終了による共犯成立の限界は、承継的共犯の肯否とは別個の問題である。承継的共犯肯定説も犯罪終了後の関与については共犯の成立を否定すると思われる（もっとも、承継肯定説の論理に犯罪終了後の承継を否定する論理が内在しているのかについては疑問の余地がある）。一方、承継否定説にあっても、犯罪終了前の関与については関与後の犯行に対する共犯が成立する余地がある。
- (3) これに対して、正当防衛の要件としての急迫不正の侵害は、構成要件該当性を前提としないので、構成要件該当事実の限界の問題である犯罪の終了と直接の関係はない。

に達した後も構成要件該当事実が継続している限り犯罪は存続するとされるのである。

もっとも、状態犯および継続犯の意義ないし本質は明確ではなく、個別の犯罪類型が状態犯に属するのか継続犯に属するのかについても争いがある（略取・誘拐罪<sup>(4)</sup>、住居侵入罪<sup>(5)</sup>、不動産侵奪罪<sup>(6)</sup>、盗品運搬罪・盗品保管罪<sup>(7)</sup>、わいせつ物公然陳列罪、犯人隠避罪など）。また、電気の持続的窃取や電気ゴテによる持続的傷害などのように、状態犯であっても既遂時期と犯罪終了<sup>(8)</sup>時期が異なる場合があるとの指摘や、状態犯および継続犯という性格づけ

---

(4) 状態犯説として、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（2010年、有斐閣）91頁、伊東研祐『刑法講義各論』（2011年、日本評論社）67頁、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（2015年、有斐閣）56頁、橋本正博『刑法各論』（2017年、新世社）102頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』（2018年、成文堂）104頁、高橋則夫『刑法各論〔第3版〕』（2018、成文堂）110頁、井田良『講義刑法学・各論』（2016年、有斐閣）133頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』（2018年、弘文堂）85頁。継続犯説として、大谷實『刑法講義各論〔新版第5版〕』（2019年、成文堂）100頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（2012年、成文堂）58頁、林幹人『刑法各論〔第2版〕』（2007年、東京大学出版会）82頁。

(5) 継続犯説として、最決昭和31年8月22日刑集10巻8号1237頁のほか、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（2015年、成文堂）186頁、大谷・前掲（注4）144頁、中森・前掲（注4）81頁、曾根・前掲（注4）137頁、橋本・前掲（注4）138頁、高橋・前掲（注4）151頁、西田（橋爪補訂）・前掲（注4）113頁、岩間康夫「不退去による住居侵入罪の成立可能性——継続犯における先行行為に基づく保障人的義務との関係で——」愛媛法学会雑誌19巻4号（1993年）1頁以下。状態犯説として、山口・前掲（注4）119頁、坂本武志「建造物侵入罪は継続犯か」判例時報1689号（1999年）42頁以下、江藤隆之「住居侵入と不退去——そして共罰的事後行為——」桃山法学29号（2018年）21頁以下。

(6) 状態犯説として、曾根・前掲（注4）124頁、西田（橋爪補訂）・前掲（注4）177頁、井田・前掲（注4）219頁。継続犯説として、内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（1996年、青林書院）262頁、岩間康夫「判批」現代刑事法4巻3号（2002年）90頁。

(7) 状態犯説として、林（幹）・前掲（注4）311頁、井田・前掲（注4）337頁。継続犯説として、大谷・前掲（注4）358頁、山中（敬）・前掲（注5）477頁、478頁、西田（橋爪補訂）・前掲（注4）295頁

(8) 古田・前掲（注1）90頁、佐伯・前掲（注1）19頁以下、林（美）・前掲（注1）2頁以下、林（幹）・前掲（注1）68頁以下参照。

は犯罪類型ではなく個別事例を単位とすべきとの提案もある<sup>(9)</sup>。他方で、前記の各法効果は、それぞれの制度の趣旨によって決まるべきものであって、問題となる犯罪が状態犯であるか継続犯であるかによって一律に決せられるべき性格のものではないとの指摘もある<sup>(10)</sup><sup>(11)</sup>。

## II 行為継続説と結果継続説

これらの点については、以下のように考えるべきであろう。

犯罪類型（構成要件）を単位とする状態犯と継続犯の対置は、刑法各論の議論において一定の有意義な帰結を導いているほか、個別の事案に関する犯行の継続性を論ずる前提にもなることから、なお維持すべきであろう<sup>(12)</sup>。

犯罪類型を単位とする状態犯と継続犯は、各構成要件の予定する結果の内容による分類であって、状態犯とは法益状態の変化（法益の侵害・危険の量的増大）を構成要件の結果とする犯罪類型であり、継続犯とは法益の侵害・危殆化の継続的発生（時間的累積）を構成要件の結果とする犯罪であると解される<sup>(13)</sup>（結果継続説）。各犯罪類型がいずれに属するかは、法益の

---

(9) 古田・前掲（注1）91頁、林（幹）前掲（注1）69頁、山本・前掲（注1）158頁参照。

(10) 林（美）・前掲（注1）29頁、渡邊・前掲（注1）47頁以下参照。

(11) 近時の議論状況の的確な整理として、伊藤・前掲（注1）63頁以下。

(12) 大山・前掲（注1）55頁参照。

(13) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（1972年、有斐閣）132頁（結果継続説の先駆といえるが、不作為の継続にも言及している）、小林憲太郎『刑法総論』（2014年、新世社）22-3頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016年、有斐閣）49-50頁、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（2017年、日本評論社）57頁、同・前掲（注1）28頁、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（2018年、成文堂）115-6頁、林（幹）・前掲（注1）30頁（同『刑法総論〔第2版〕』（2008年、東京大学出版会）109頁は、実行行為と結果の両者が継続する場合を真正継続犯、結果のみが継続する場合を不真正継続犯と呼ぶ）、町野朔『刑法総論』（2020年、信山社）124頁、橋爪・前掲（注1）264頁以下、牧・前掲（注1）183頁以下など。

性質（時々刻々の法益侵害に当罰性を認めるのか）、侵害内容の具体性（<sup>(14)</sup>法益の侵害・危殆化の持続が構成要件の結果としての認定可能な程度の具体性・可視性を備えているか）、規定の文言（変化に注目しているか持続に注目しているか）、他罪との関係（同一の法益の侵害を持続させる行為について別個の犯罪類型が設けられているか）などから、当該構成要件の解釈によって定めるほかない。

この結果継続説によれば、①継続犯は、既遂到達によって直ちに終了するわけではなく、結果として予定された侵害状態が解消されてはじめて終了するのにに対し、状態犯においては、②既遂到達によって法益状態の変化が完結し、この時点で犯罪も終了するのが原則であるが、③侵害される法益に量的幅があったり、構成要件の結果の内容が法益侵害の危険であったりするため、法益状態の変化が漸次的に生ずる場合には、既遂の時点（構成要件充足にとって必要最小限の法益状態の変化があった時点）と終了の時点（<sup>(15)</sup>構成要件で捕捉しうる最終的な法益状態の変化があった時点）との乖離が生じうる。前記の電気窃盗の事例や電気ゴテによる傷害の事例が③に当たる。また、放火罪は、独立燃焼状態（または制御困難状態）によって既遂に達するが、燃焼が拡大しているかぎり、公共の危険の増大が認められるため終了しないものと考えられる。窃盗罪の通常形態においても、同罪は財物の取得で既遂に達するものの財物の確保によってはじめて終了に至ると解する余地がある。<sup>(16)</sup>

以上に対して、継続犯を実行行為が継続する犯罪類型として特徴づける立場も有力である（行為継続説）。<sup>(17)</sup>もっとも、行為継続説も、犯罪の継続の

(14) この考慮要素は、構成要件が違法類型であることに由来する（林（幹）・前掲（注1）69頁参照）。

(15) 伊藤・前掲（注1）73頁は、法益侵害状態の時間的継続自体が法益侵害の量的拡大を意味する場合は当該侵害状態の終了をもって犯罪は終了するという基準を提示する。この基準は、本文の①と③を統合したものともみることができよう。

(16) 林（幹）・前掲（注1）68頁参照。

(17) 大谷實『刑法講義総論〔新版第5版〕』（2019年、成文堂）111頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（2015年、成文堂）180頁、日高義博『刑法総論』（2015年、

ために故意や責任能力、不作為犯における作為可能性などの継続的な存在を要求しているわけではなく、客体の存在の失念後あるいは責任能力喪失後の禁止薬物所持罪や、行為者が現場を離れた後の監禁罪の成立を肯定するのが一般的である。

ところで、刑訴法253条1項は、公訴時効の起算点について、「犯罪行為の終わった時から進行する」と定めているところ、この犯罪行為には結果も含まれるとするのが判例<sup>(18)</sup>である。この結果発生時説は、犯罪の社会的影響の沈静化という公訴時効の実体法的根拠にも、証拠の散逸という訴訟法の根拠にも適合するものとして、学説上も広く支持されている<sup>(19)</sup>。また、刑訴法235条1項は、親告罪の告訴について「犯人を知った日から6箇月を経過したときは、これを行うことができない」と規定しているが、これは犯罪終了後に犯人を知った場合の規定であって、犯罪継続中に犯人を知った場合には犯罪終了時が告訴期間の起算点になるとするのが判例<sup>(20)</sup>である。この告訴期間の起算点についても、結果の発生前に告訴期間が経過してしまうのは不合理である（特に器物損壊罪のように未遂処罰規定を欠く犯罪では、結果発生前にはそもそも告訴は不可能である）ことから、やはり結果を基準とすべきであろう。こうして、前述の犯罪終了の各効果のうち公訴時効ならびに告訴期間の起算点は、結果の発生に伴う効果であって、結果継続説による犯罪終了時点を基準とするのが一貫するものといえる。これに対して、行為継続説は、継続犯に関するかぎり、公訴時効等の起算点を実行行為の終了時点に求めていることになる。これを公訴時効の起算点に関

---

成文堂) 117頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（2018年、有斐閣）112頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論〔第3版〕』（2019年、弘文堂）90頁、浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（2019年、成文堂）130頁注31、一原亜貴子「継続犯の故意に関する一試論」法政研究85巻3=4号（2019年）427頁、筑間・前掲（注1）38頁、佐伯・前掲（注1）17頁、大山・前掲（注1）60-1頁、岡本・前掲（注1）9頁以下など。

(18) 最決昭和63年2月29日刑集42巻2号314頁。

(19) 渡邊・前掲（注1）62頁以下など参照。

(20) 最決昭和45年12月17日刑集24巻13号1765頁。

する結果発生時説と矛盾しないように理解するためには、継続犯をすべて挙動犯として理解し、行為から区別されうる結果を観念しえない（あるいは行為と結果は常に同時に存在する）と考えるほかない。しかし、継続犯の典型例である監禁罪についても、詐称誘導を用いた監禁に示されるように、行為者の行為と区別可能な結果を観念しうる結果犯とみるべきように思われる。

一方、前述の効果のうち故意や責任能力の存在時期および法令適用の基準時は、行為者の問責対象行為という意味での実行行為に伴う効果であると解される。故意や責任能力といった責任要件は、同時存在原則によって、行為者の意思発動としての実行行為の時点で存在していることが要請される。また、法令の適用も、行為者の予測可能性を保障するという見地から、結果発生時ではなく、実行行為時を基準とすべきものであり、実行行為後に不利益変更された刑罰法規を被告人に適用することは事後法の禁止に反する。共犯成立の限界については、共犯を他人の行為を介して結果に因果性を及ぼす場合に限定するなら、正犯行為の継続によって画されるべきことになり、直接結果に因果性を及ぼした場合を共犯に含めるとすれば構成要件の結果の完結によって画されるべきことになろう。<sup>(21)</sup>

ところで、結果継続説の見地からは、継続犯において犯罪が継続中であることは問責対象行為としての実行行為の継続的な存在を保障するものではない。それゆえ、故意や責任能力といった責任要件や適用されるべき法令は、継続的な法益の侵害・危殆化の惹起または維持に向けられた作為・不作為（不作為の場合は作為義務および作為可能性を前提とする）の時点で存在することが必要となる。たとえば、被害者の監禁中に犯人が責任能力を失ったり、第三者によって犯人が現場から連れ去られたりした後に、法改正により監禁罪の刑が加重されたという場合、刑の加重後には行為者の有責な作為・不作為は存在しないので、改正前の軽い刑を適用すべきことに

(21) このほか、観念的競合における「一個の行為」（刑法54条前段）の範囲についても、結果の継続ではなく、問責対象行為の継続が基準となると解すべきであろう。



なる。このように、結果継続説は、法益の継続的な侵害・危殆化を行為者に帰属させるための具体的な問責対象行為の存在を要求することによって、行為主義ならびに責任主義を担保しようとするものにほかならない。

これに対して、行為継続説によれば、継続犯においては犯罪継続中実行行為も継続していることになる。それゆえ、継続犯においては、犯罪継続中に故意が生じた場合、それ以後の部分について故意犯の成立を認めうるし、「新法の適用についても、問責の対象となる実行行為が継続している<sup>(22)</sup>ので、旧法ではなく新法が適用される」ことになる。しかし、前述のように、行為継続説の論者も、犯罪継続中の故意や責任能力、作為可能性等の継続的存在を要求しているわけではない。<sup>(23)</sup>同説が存続しているとする「実行行為」は、実行行為の作用の存続を含んだ観念的なものとなっている。<sup>(24)</sup>このような観念的な存在を「実行行為」と呼ぶことは自由であるが、それに問責対象行為としての機能を与え、責任能力や作為可能性を喪失した後<sup>(25)</sup>に刑が加重された場合に新法の適用を認めるようなことは、同時存在原則<sup>(26)</sup>や事後法の禁止の潜脱であって許されないであろう。行為継続説の問題性

(22) 大山・前掲(注1)60頁。

(23) 大山・前掲(注1)59-60頁は、「継続犯においては、既遂後の不作為について、作為義務を論証する必要はない」とする。

(24) 安田拓人=島田聡一郎=和田俊憲『ひとりで学ぶ刑法』(2015年、有斐閣)40頁以下〔和田俊憲〕参照。

(25) 行為継続説の論者は、作為可能性を喪失した場合に不作為による実行行為を観念しえないとの結果継続説からの指摘に対して、「果たして一般人の感覚において、監禁した後に拘束を解かず(被監禁者を解放せず)立ち去った場合、監禁した者がその場にいないので被監禁者を解放することができない、ゆえに、もう同人を監禁しているわけではない(つまり、監禁行為は継続しておらず、終了している)と考えるだろうか」と反論する(岡本・前掲(注1)11頁)。しかし、問責対象としての不作為を問題とする限り、作為可能性は不可欠であろう。作為可能性がないのに不作為を問責するのでは、法が不可能を強いることになってしまう。あるいは、この反論は、犯人が自らの意思で現場を立ち去った場合を念頭に置いているのかもしれない。たしかに、そのような場合には「原因において作為可能な不作為」の理論によって作為可能性を肯定する余地があるかもしれない。しかし、行為者が、予期せぬ疾病により意識を失ったり、第三者により現場から連れ去られたりするなど本



は、法益侵害状態の継続と問責対象行為の継続とを同視することにより、問責対象行為の存在の必要性を看過し、同時存在原則や事後法の禁止を担保するための前提を失わせたところにあるといえよう。

もとより、行為継続説が具体的な行為者の意思発動としての作為・不作為の継続を実際に要求するものであるなら、その意味での犯罪の継続は、当然、責任要件や適用法令の存在時期を画するものとなりうる。しかし、そのような具体的な問責行為の継続性に公訴時効や告訴期間の起算点等を画する機能を結びつけ、被害者の監禁中に行為者が責任能力を喪失したり連れ去られたりした場合に、行為者が責任能力や作為可能性を喪失した時点から公訴時効や告訴期間の進行を認めるのは不当であろう。行為継続説

---

人の責に帰しえない理由で作為可能性を失った場合も想定しうる。そのような場合には、監禁状態は続いているが問責対象行為としての不作為は終了しているといわざるをえないであろう。もしこの場合にまで問責対象行為としての不作為を認めるとすれば、それは行為主義および責任主義に明白に反するであろう。あるいはまた、この反論は、行為者の故意の作為が先行する場合を念頭に置いているのかもしれない。しかし、作為可能性喪失後には不作為は存在しえないとの結果継続説からの指摘は、行為者の故意の作為が先行していない場合（被害者を誤って監禁した後、に監禁の事実気付いたが、その時点では作為可能性がなかった場合など）に監禁罪の成立を認めることの不当性の指摘を含むものである。この場合にも、行為継続説は不作為の存在を肯定するのであろうか。この場合に不作為の存在を否定するとすれば、監禁状態の継続とは別個に問責対象行為の存在を要求する必要が生ずるのであろう。結局、上記の反論にいう「監禁行為」とは、結果を含めた広義の「行為」であって、同時存在原則を担保しうる狭義の行為（問責対象行為）を意味するものではないように思われる。

(26) 行為継続説の論者は、盗品保管中の知情の事案（最決昭和50年6月12日刑集29巻6号365頁参照）で盗品保管罪の成立を認めることは官憲または被害者への盗品の提出・返還を義務づける点で不当であるとする結果継続説からの批判に対して、盗品を自宅の窓から放り投げればよいと回答する（大山・前掲（注1）66頁）。しかし、盗品の投棄は、被害者の返還請求権の実現にほとんど役立たないうえに、器物損壊罪や証拠隠滅罪に問われかねない行為であって、このような作為を刑罰により強制することが合理的であるとは考え難い。

(27) 丸橋昌太郎「判批」信州大学経済学論集56号（2007年）29頁以下は、行為継続説を前提として、現実には作為可能性がある限りで不作為としての行為の継続を肯定し、作為可能性が失われた時点で犯罪は終了し、告訴期間等も進行するとする。

は、行為の継続と結果の継続とが常に一致するという想定のもとに、行為に伴う効果と結果に伴う効果とを同一の基準によって画そうとしたところに無理があったように思われる。

以下では、公訴時効や告訴期間の起算点が争われた諸判例を素材として、各犯罪の罪質（状態犯か継続犯か）と犯罪の終了時期との関係を具体的に検討することにした。

### Ⅲ 名誉毀損罪と告訴期間——大阪高裁平成16年 4 月22日<sup>(28)</sup>判決（高刑集57卷 2 号 1 頁）

#### 1 事 案

被告人 X は、業務上過失致死傷被告事件で裁判中であったが、死亡した被害者の父親 A および母親 B の態度に立腹し、平成13年 7 月 5 日、インターネットの掲示板に両名の名誉を毀損する記事を掲載した。

A は、同年10月 4 日頃、記事の存在を知り、X が犯人ではないかとの疑いを抱きつつも、氏名不詳者を名誉毀損罪の被疑者として告訴した。B も同時に告訴したつもりでいたところ、告訴状に B の氏名の記載が漏れていることが後日判明したので、B は、あらためて平成15年 4 月22日に告訴を行った。

X は、名誉毀損罪（刑法230条 1 項）で起訴された。弁護人は、B が本件記事の掲載者が X であることを知ったのは平成13年10月 4 日頃であって、

---

(28) 本判決につき、山口厚「判批」平成17年度重要判例解説（2006年）158頁以下、丸橋・前掲（注27）29頁以下、渡邊卓也「判批」早稲田法学82巻 3 号（2007年）245頁以下、道谷卓「インターネット上の名誉毀損罪における告訴期間の起算日と公訴時効の起算点——平成一六年四月二二日大阪高裁判決を素材にして——」姫路法学47号（2007年）1 頁以下、岡田好史「判批」国際経営・文化研究11巻 1 号（2006年）109頁以下、同「インターネット上における名誉毀損について」専修法学論集100号（2007年）143頁以下、近藤・前掲（注 1）29頁以下。

その時点から計算すると B の告訴は 6 カ月の告訴期間（刑法235条）経過後になされたものであって不適法であると主張した。

原判決（大阪地裁平成15年11月4日）は、本件記事は平成15年5月15日頃まで掲載されており、その間犯罪も継続していたので、同年4月22日になされた B の告訴は適法なものであり、また、X が犯人であることを B が知ったのは同年3月9日であって、この日を告訴期間の起算点としても B の告訴は適法であるとした。

そこで、弁護人は、B の告訴の適法性を争って控訴した。

## 2 判 旨

「名誉毀損罪は抽象的危険犯であるところ、関係証拠によると、原判示のとおり、被告人は、平成13年7月5日、A 及び B の名誉を毀損する記事（以下、「本件記事」という。）をサーバーコンピュータに記憶・蔵置させ、不特定多数のインターネット利用者らに閲覧可能な状態を設定したものであり、これによって、両名の名誉に対する侵害の抽象的危険が発生し、本件名誉毀損罪は既遂に達したというべきであるが、その後、本件記事は、少なくとも平成15年6月末ころまで、サーバーコンピュータから削除されることなく、利用者の閲覧可能な状態に置かれたままであったもので、被害発生 of 抽象的危険が維持されていたといえるから、このような類型の名誉毀損罪においては、既遂に達した後も、未だ犯罪は終了せず、継続していると解される。もっとも、関係証拠によると、平成15年3月9日、大阪府 I 警察署警察官によって、本件名誉毀損事件を被疑事実として被告人方が捜索されたことなどがきっかけとなり、その2、3日後、被告人は、同警察署に電話し、自分の名前を名乗った上で、『自分が書き込んだ掲示板がまだ残っており、消したいが、パスワードを忘れてしまったので消せない。ホームページの管理人の電話を教えてほしい。』旨申し入れたところ、同警察署側において、被告人に対し、『こちらから管理人に連絡の上削除してもらうよう依頼する。』と返答した上、直ちに本件ホームページの管

理者である C に対して、『パスワードを忘れたので消せないと言ってきた。そちらで削除してやってほしい。』と申入れ、同人もこれに異を唱えていなかった事実が認められるところ、この事実は、被告人が、自らの先行行為により惹起させた被害発生 of 抽象的危険を解消するために課せられていた義務を果たしたと評価できるから、爾後も本件記事が削除されずに残っていたとはいえ、被告人が上記申入れをした時点をもって、本件名誉毀損の犯罪は終了したと解するのが相当である。

しかして、B の本件告訴は、上記申入れの時点において犯罪が終了した後 6 ヶ月以内であることが明らかな平成 15 年 4 月 22 日になされているから、適法である。」

### 3 検 討

本判決は、本件のような類型の名誉毀損罪を継続犯と<sup>(29)</sup>みて、既遂到達後の犯罪継続を肯定したものといえるが、①犯罪継続の根拠を記事の閲覧可能状態の継続（被害発生 of 抽象的危険の維持）に求める一方で、②被告人による記事削除の申入れ時点で犯罪の終了を認めていることから、結果継続説に親和的な①と行為継続説に親和的な②とをいかに整合的に理解するかが問題となる。

②の削除の申入れが犯罪終了をもたらすことの説明としては、以下の 3 つが考えられる。

第一は、行為継続説の見地から、記事を削除しないという不作為の継続を問題とし、作為義務の履行によって不作為の実行行為が終了するという説明である。本判決は、「先行行為により惹起させた被害発生 of 抽象的危険を解消するために課せられていた義務を果たした」と述べている点で、この構成によるものと解するのが素直であろう。もっとも、本判決においては、作為義務の発生根拠を含めた不真正不作為犯の成立要件への言及は<sup>(30)</sup>みられない。

(29) 西田（橋爪補訂）・前掲（注 4）134 頁参照。

第二は、同じく行為継続説の見地から、削除の申込みによって、以後の行為につき名誉毀損罪の故意が失われるため、削除の申込みによって削除がなされたと認識した時点以降には作為であれ不作為であれ故意の実行行為が認められないという説明である。

第一、第二の構成による場合、①の抽象的危険の継続は行為と同時並行的に生ずる危険について述べるものにすぎず、独立の意味を有しないことになるう。

前述のように、行為継続説の論者が想定する実行行為は、観念化されたものであって、問責対象行為としての実体を欠いているものであった。これに対して、ここでの第一、第二の構成は、継続するとされる実行行為に問責対象行為としての実質を付与しようとするものであって、行為主義および責任主義の要請に適うものといえよう。しかし、このような有責な実行行為の存続時点に公訴時効や告訴期間の起算点を求めることが妥当でないことは、前述のとおりである。

第三は、結果継続説に立ちつつ、記事の削除の申込みによって、当初の記事掲載行為と削除の申込み後の閲覧可能状態（名誉に対する抽象的危険）の存続との間の法的因果関係が遮断されるという説明である。たしかに、結果継続説からすれば、記事が掲載されている限り閲覧可能状態（名誉に対する抽象的な危険）という結果は存続している。しかし、十分に実効的であると考えられる方法で記事の削除を申し込んだにもかかわらず関係者の不手際によって記事が削除されず掲載され続けた場合には、その時点以降の記事の掲載の継続は、経験的に通常とはいえず、当初の掲載行為に含まれていた危険の実現とは認められないと考えられる。もし名誉毀損罪を継続犯と考えるとすれば、——本件削除の申入れによって以後の法益侵害状態の行為への帰属が実際に遮断されうるかはさらなる検討を要するものの——この第三の構成によるべきであろう。

---

(30) 渡邊・前掲（注28）250頁参照。

(31) 近藤・前掲（注1）37頁参照。

しかし、名誉毀損罪は、同一の侵害状態の時間的更新・累積を構成要件的結果とする継続犯ではなく、法益状態の変化を構成要件の結果とする状態犯とみるべきではないだろうか。<sup>(32)</sup>「公然と事実を摘示して、名誉を毀損した」とする文言は、事実の公表に伴う社会における情報状態の悪化に焦点を当てたもののように思われる。また、名誉に対する危険の持続は監禁罪における移動の自由の侵害の持続のような具体性・可視性を備えていない。このような危険の持続を構成要件の結果とするのは、法的安定性を害するものであり、裁判での認定においても困難をきたすように思われる。

もっとも、本罪を状態犯と解したとしても、インターネット上の掲示という方法による場合には、電気窃盗事例のように、名誉に対する危険の持続的増大（法益状態の漸次的悪化）を認めることによって掲示の存続中の犯罪の継続的成立を肯定することも考えられる。<sup>(33)</sup>しかし、名誉に対する危険の具体性・可視性の低さからすれば、法益の危殆化の具体的な程度を問題とし、その増加をもって構成要件の結果とみることは、やはり法的安定性を害するように思われる。本罪が抽象的危険犯とされる理由が、法益の侵害・危殆化の程度を具体的に認定しえない点に求められていることを想起すべきであろう。<sup>(34)</sup>こうして、本罪は、不特定多数人に対して事実を摘示することにより、人の名誉を毀損する情報を人々が認識しえない状態から認識しうる状態に転化することを罰するものであって、以後の侵害の持続および拡大は当初の情報状態の悪化という構成要件の結果において類型的に先取りされているものと解すべきではないだろうか。このような理解によれば、本件では平成13年7月5日に犯罪が終了しており、犯罪終了後に告訴権者が犯人を知った事案としてBが犯人を知った日から6箇月が告訴期間となる。それゆえ、Bの告訴は、Bが犯人を知った時期が弁護人の

(32) 山口・前掲(注4)159頁、山中(敬)・前掲(注5)209頁、中森・前掲(注4)88-9頁、松宮・前掲(注4)156頁、高橋・前掲(注4)170頁参照。

(33) 鎮目征樹「プロバイダ等の刑事責任」現代刑事法6巻1号(2004年)19頁参照。

(34) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』(1990年、創文社)513頁など参照。

主張するように平成13年10月4日頃であれば不適法となるが、原判決の認定したように平成15年3月9日であれば適法ということになる。

#### IV 競売入札妨害罪と公訴時効の起算点——最高裁平成18年12月13日決定（刑集60巻10号857頁）<sup>(35)</sup>

##### 1 事案

被告人Xは、甲株式会社（商号変更により株式会社乙となる。以下、「本件会社」という。）の代表取締役であるとともに、同社関連会社である株式会社丙の実質的経営者として両社の業務全般を統括しているもの、被告人Yは本件会社の財務部長、被告人Zは丙の代表取締役であったものであるが、被告人3名は、競売開始決定がされた本件会社所有に係る本件土地・建物につき、その売却の公正な実施を阻止しようと企てた。

そこで、上記競売開始決定に基づき、平成7年12月5日、執行官が現況調査のため、本件土地・建物に関する登記内容、占有状況等について説明を求めた際、Yにおいて、同執行官に対し、本件会社が同建物を別会社に賃貸して引渡し、同社から丙に借主の地位を譲渡した旨の虚偽の事実を申し向けるとともに、これに沿った内容虚偽の契約書類を提出して、同執行官をしてその旨誤信させ、現況調査報告書にその旨内容虚偽の事実を記載させたうえ、同月27日、これを裁判官に提出させた。

---

(35) 本決定につき、松田俊哉「判解」ジュリスト1339号（2007年）155頁以下、同・法曹時報60巻10号（2008年）260頁以下、同『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成18年度』（2009年）484頁以下、松宮孝明「判批」法学セミナー631号（2007年）119頁、清水真「判批」平成19年度重要判例解説（2008年）203頁以下、林美月子「判批」平成19年度重要判例解説（2008年）165頁以下、林（幹）・前掲（注1）66頁以下、清水晴生「判批」白鷗大学法科大学院紀要創刊号（2007年）241頁以下、本庄武「判批」判例セレクト2007（法学教室330号別冊付録）25頁、道谷卓「判批」奈良法学会誌20巻3-4号（2008年）191頁以下、馬場嘉郎「判批」研修729号（2009年）13頁以下、樋口亮介「判批」ジュリスト1377号（2009年）156頁以下など参照。



その後、裁判官から本件土地・建物につき評価命令を受けた、情を知らない評価人は、上記内容虚偽の事実が記載された現況調査報告書等に基づき、不動産競売による売却により効力を失わない建物賃貸借の存在を前提とした不当に廉価な不動産評価額を記載した評価書を作成し、平成 8 年 6 月 5 日、裁判官に提出した。これを受けて、情を知らない同裁判官は、同年 12 月 20 日頃、本件土地・建物につき、上記建物賃貸借権の存在を前提とした不当に廉価な最低売却価額を決定し、情を知らない裁判所職員において、平成 9 年 3 月 5 日、上記内容虚偽の事実が記載された本件土地・建物の現況調査報告書等の写しを入札参加希望者が閲覧できるように同裁判所に備え置いた。

被告人 3 名は、平成 12 年 1 月 28 日、競売入札妨害罪（当時の刑法 96 条の 3 第 1 項）で起訴された。

弁護人は、競売入札妨害罪は即成犯であり、現況調査に当たった執行官に対して虚偽の説明をしたり、内容虚偽の書類を提出したりした時点で犯罪が既遂に達し、その時点から公訴時効が進行するので、3 年の公訴時効が既に完成していると主張した。

第 1 審判決（東京地判平成 12 年 12 月 21 日刑集 60 卷 10 号 874 頁参照）は、「競売入札妨害罪は、公務の執行を妨害する罪の一つであって、公の競売入札が公正に行われることを保護するとともに、また、公正に公の競売入札が行われることによって、競売入札関係者らの受ける経済的利益をも保護する規定であると解するのが相当であり、そして、競売入札の公正を害する危険が発生すれば犯罪は成立し、また、その危険が存続する間は処罰の対象となると解するのが相当である。そして、……現況調査のため説明を求めた執行官に対し、虚偽の賃貸借契約等の存在の事実を陳述し、その虚偽の契約に関する書類等を提出した時点以降、競売入札妨害罪の保護法益を害する危険が発生し、また……〔現況調査を行った執行官を誤信させて、虚偽の陳述等に従った現況調査報告書を作成させて、裁判所に提出させ、引き続いて、不動産の評価人をして右現況調査報告書等に基づいて不当に廉

価な不動産評価書等を作成させて、裁判所に提出させ、さらに、裁判所をして、不動産競売の売却により効力を失わない建物賃借権の存在を前提とした、右不動産評価書等に基づく不当に廉価な最低競売価格を決定させ、そして、裁判所職員をして内容虚偽の事実が記載された現況調査報告書等の書類を入札参加希望者が閲覧できるように備え付けさせるなどして〕手続を進行させている間も、競落入札関係者らの受ける経済的利益を害する危険は存続しているのであるから、かかる行為も処罰の対象となるというべきである。したがって、……裁判所職員をして内容虚偽の事実が記載された現況調査報告書等の書類を入札参加希望者が閲覧できるように備え付けさせた時点から、時効が進行すると解することができるのであって、公訴時効が完成している旨の弁護人の主張は失当である」〔 〕内は引用者）と判示した。

原判決（東京高判平成17年4月28日刑集60巻10号902頁参照）<sup>(36)</sup>は、「競売入札妨害罪は、公の競売又は入札の公正を保護法益とする具体的危険犯であり、競売入札の公正を害すべき行為が行われたときには直ちに既遂に達すると解される。したがって、本件の場合は、被告人Yが……虚偽の陳述をした時点で……既遂に達したというべきである。しかし、その後、その虚偽の陳述は、現況調査報告書に記載され、これに基づいて誤った評価書が作成され、最低売却価格が決定されるという経過をたどり……更に虚偽の陳述に基づく誤った記載のある現況調査報告書等が裁判所に備え付けられて一般入札希望者の閲覧可能な状態に置かれるに至っており、この間、それぞれの競売入札の公正が害される状態は継続していたといえる。このような類型の競売入札妨害罪においては、既遂に達した後も、虚偽の陳述に基づく売却手続が続く限り、犯罪は終了せず、被告人らにおいて虚偽の陳述を撤回するなどの措置が採られ、競売入札の公正が害される状態が解消されるまでは、公訴時効は進行しないと解すべきである。」として、公訴

(36) 本判決につき、田辺康弘「判批」警察学論集58巻12号（2005年）208頁以下参照。

時効の完成を否定した。

弁護人は、競売入札妨害罪は、即成犯<sup>(37)</sup>かつ具体的危険犯であるから、現況調査に際して執行官に対し虚偽の陳述をした時点で犯罪は終了しており、本件公訴提起時には既に公訴時効が完成している、として上告した。

## 2 判 旨

上記の事実関係のもとでは、「被告人 Y において、現況調査に訪れた執行官に対して虚偽の事実を申し向け、内容虚偽の契約書類を提出した行為は、刑法96条の3第1項の偽計を用いた『公の競売又は入札の公正を害すべき行為』に当たるが、その時点をもって刑訴法253条1項にいう『犯罪行為が終った時』と解すべきものではなく、上記虚偽の事実の陳述等に基づく競売手続が進行する限り、上記『犯罪行為が終った時』には至らないものと解するのが相当である。そうすると、上記競売入札妨害罪につき、3年の公訴時効が完成していないことは明らかであるから、同罪につき、公訴時効の成立を否定した原判決の結論は正当である。」

## 3 検 討

第1審判決は、①競売入札の公正を害する危険が存続する間は処罰の対象となると述べる一方で、②裁判所職員をして現況調査報告書等の書類を入札参加希望者が閲覧できるように備え付けさせた時点から時効が進行するとした。しかし、①と②との整合性は疑わしい。①は、継続犯に関する結果継続説を想起させるものである。もっとも、競売入札の公正を害する危険は、裁判所職員が書類を備え付けた後も競売手続が完了するまでは存

---

(37) 弁護人は本罪を即成犯とするが、本罪では既遂後も法益に対して危険な状態は観念しうることから、弁護人の主張は、本罪を状態犯とする主張として理解すべきであろう。また、弁護人は、犯罪の成立に時間的継続性を要しないことから本罪を即成犯とする理解を導いているが、犯罪の成立に時間的継続を要するか否か（犯罪成立時期に関する継続犯性）と、犯罪の成立後も犯罪が継続するか否か（犯罪終了時期に関する継続犯性）は別の問題である（渡邊・前掲（注1）42頁参照）。

続するというべきであろう。これに対して、②は、継続犯に関する行為継続説の見地から、裁判所職員等を道具とする間接正犯として構成することにより、<sup>(38)</sup>裁判所職員による書類の備え付けの時点まで被告人らの競売入札妨害行為が継続しているとみるもののように思われる。もっとも、間接正犯においても行為者の問責対象行為は利用行為に尽きることから、間接正犯構成によって問責対象行為の継続という意味での実行行為の継続性を基礎づけるかは疑問である。

一方、原判決は、「競売入札の公正が害される状態は継続していた」ことを根拠に、「競売入札の公正が害される状態が解消されるまで」本罪は終了しないとした。これは、結果継続説の見地から（本件のような類型の）競売入札妨害罪を継続犯と解したものと理解するのが素直であるが、「虚偽の事実の陳述等に基づく競売手続が進行する限り」（圏点は引用者）との判示からは、本罪を状態犯とみたうえで、競売手続の進行につれて競売入札の公正が害される危険が増大していくことに注目したものとの理解も可能であるかもしれない。最高裁決定についても、原判決と同様の評価が妥当する。

競売入札妨害罪については、規定の文言上は状態犯とも継続犯とも解しうるが、侵害対象である競売手続の具体性ならびに継続的な保護の必要性に鑑みるなら、妨害効果が競売手続に及んでいる限り構成要件該当性の継続的な充足が認められる継続犯と解すべきではないだろうか。本罪は、瑕疵ある競売手続全体を構成要件の結果とする罪である、という説明も可能であろう。こうして、本罪は、競売入札を経て落札者が確定し代金納付により競売手続が終了するか、<sup>(40)</sup>虚偽の陳述を撤回しその影響が除去されるまで、<sup>(41)</sup>終了しないものと解すべきである。このように解しても、競売手続自

(38) 松田・前掲（注35）289頁参照。

(39) 松宮・前掲（注35）119頁参照。

(40) どの時点で競売手続の終了を認めるべきかにつき、樋口・前掲（注35）159頁参照。

(41) 業務妨害罪（刑法233条後段、234条、234条の2第1項）についても、同罪の成

体が具体性・可視性を保持しており、時間的にも限定されていることから、法的安定性を不当に害するおそれはないであろう。

これに対して、本罪を状態犯と解しつつ、競売手続の進行により同手続の終結に近づくにつれて、競売手続の公正に対する危険が漸次的に増加するとみること、競売手続の終了時を犯罪の終了時とする帰結を導くことも考えられる<sup>(42)</sup>。たしかに、時間の経過とともに手続関与者の錯誤に基づく行動は累積されるし、錯誤に基づく手続関与者の行動を前提とした他の手続関与者の行動も累積される。これらをもって、危険の増大と評価することも可能かもしれない。しかし、この危険の増大は、個別事案において具体的に認定されうるものではなく、瑕疵ある競売手続の継続という構成要件的结果の内部に類型的に包含される事情にすぎないとみるべきではないだろうか。

なお、公訴時効の起算点との関係で不実の登記簿の備付けによる不実公正証書原本等行使罪の継続犯性を否定した裁判例として、大阪地裁昭和54年10月24日判決（刑集35巻5号531頁参照）がある。同罪は、1つの完結した手続を保護するものではなく、構成要件レベルで類型的に継続的な結果を予定しているとは考え難いことから、不実の公正証書原本等を閲覧可能状態に置いたことによって完結する状態犯と解することができるであろう。

---

立に具体的な業務の混乱・支障を要求することを前提に、妨害の対象となった業務の終了時または業務の混乱・支障の解消時に犯罪の終了を認めるべきように思われる。

(42) 橋爪・前掲（注1）270-1頁注25参照。

## V 死体遺棄罪と公訴時効の起算点

### 1 大阪地裁平成25年3月22日判決（判タ1413号386頁）<sup>(43)</sup>

#### （1）事 案

被告人Xは、平成19年2月頃、アパートa（当時の交際相手であったAの居室）において女兒を出産したが、望まない出産であったことから、同所の浴室において女兒を浴槽に沈め殺害した。

①Xは、殺害当日に女兒の死体をバスタオルに包み、スポーツバッグに入れてA方の押入れに入れた。②その2、3日後、Xは、同児の死体をアパートcの自宅に運び、パーカーに包んだ状態でクローゼットに入れた。③平成19年6月頃、Xは、マンションdに転居した際に、女兒の死体をキャリーバッグに入れてdに運び、キャリーバッグごと同マンションのクローゼットに入れた。④平成21年2月頃、Xは、マンションbに転居した際に、女兒の死体をキャリーバッグに入れたまま運び、そのまま同マンションのクローゼットに入れた。平成24年7月16日頃Xは自首し、同月17日に女兒の死体は警察官によって発見された。

同年9月19日に、Xは殺人罪、死体遺棄罪、覚せい剤取締法違反で起訴された。このうち死体遺棄罪に関する公訴事實は、「被告人は……平成19年2月上旬頃、同児が死亡したのを認めたのであるから、同児を葬祭しなければならない義務があったのに、前記犯行が発覚するのをおそれ、その頃から平成24年7月16日までの間、……前記A方ほか3か所において、同児の死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして放置し、もって死体を

(43) 本判決につき、内田優「判批」刑弁情報44号（大阪弁護士会弁護士委員会、2013年）58頁以下、山下裕樹「判批」関西大学法学論集66巻2号（2016年）107頁以下、江藤隆之「判批」刑事法ジャーナル47号（2016年）71頁以下、同「判批」桃山法学26号（2017年）285頁以下、松尾誠紀「死体遺棄罪と不作為犯」法と政治68巻1号（2017年）85頁以下、橋爪・前掲（注1）249頁以下など参照。

遺棄した」というものであった。

死体遺棄罪の時効期間は3年であるところ、検察官は、本件を、死体を自己の支配下に置き続けた不作為による遺棄と構成したうえで、公訴時効の起算点を、警察官が死体を発見した平成24年7月17日に求めたのに対して、弁護人は、本件を、死体を自宅に運ぶなどした作為による遺棄と構成したうえで、公訴時効の起算点を、最後に死体を移動させた平成21年2月下旬頃に求めたことから、公訴時効の成否が争点となった。

## (2) 判 旨

本件訴因の確定

「検察官は、『本件は、隠匿や場所的移転の前後にわたって死体を自己の支配下に置き続けて放置するという形態の不作為による遺棄を起訴したものである』と主張するのであるが、採用することができない。

なぜならば、(1) 死体遺棄とは、社会的に認められている埋葬の方法によらないで死体を放棄することであり、これには死体の隠匿行為も含まれるところ、女兒の死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして室内に放置した行為は、作為による死体遺棄罪の構成要件に該当する行為であることが明らかである。そして、検察官は、起訴状の公訴事実当該行為の形態による行為を記載している。それにもかかわらず、『不作為による形態の遺棄のみを起訴したのであり、場所的移転やクローゼットに入れる等した行為は、法的に重要でないか、違法状態を維持するのみである』というのである。このような検察官の主張は、整合性が保たれておらず、到底受入れることができない。

(2) また、作為による形態と不作為による形態の死体遺棄行為が、いずれも証拠上認められる場合には、作為犯を端的に認定すればよいのであり、例外的・補充的な不作為犯を検討するのは、作為による形態の行為により当該事象の違法性が評価し尽くされていない場合に限り行うことになると解される。検察官としても、通常は、そのことを念頭に置いて訴訟活



動を遂行するはずである。

以上、検討したとおり、起訴状の公訴事実や証明予定事実記載書の記載内容等に加えて、検察官の訴追意思を合理的に解釈すれば、検察官としては、本件死体遺棄行為について、不作為形態と作為形態の複合形態の訴因を設定したと解するのが相当である。

なお、検察官の主張に従うと、作為犯としては公訴時効が完成しているにもかかわらず、同じ死体遺棄行為をもっぱら不作為犯として構成することにより、葬祭義務を果たすか、葬祭義務を果たすことができない状態にならない限り、半永久的に公訴時効が完成しないことになるため、バランスを著しく欠くことになる。」

#### 本件死体遺棄の形態

「証拠によれば、被告人が、①平成19年2月頃の女兒の殺害当日に、その死体をタオルに包み、アパートaのA方押し入れにあったスポーツバッグに入れて隠匿した、②①より二、三日後、死体をスポーツバッグごとアパートcの自宅に移動させて、クローゼットに隠匿した、③平成19年春頃、死体をキャリーバッグに入れてマンションdに移動し、室内に放置した、④平成21年2月頃、死体をキャリーバッグごとマンションbに移動させ、クローゼット内に隠匿し放置したという作為による形態の死体遺棄と、⑤葬祭義務があるにもかかわらず、女兒を殺害してから警察に発見されるまでの間、葬祭義務を果たさないまま死体を放置し続けたという不作為による形態の死体遺棄が、同時的に存在している。

両者の違法性について考えると、本件において、死体をタオルで包み、ポリ袋に入れる等の作為により、自己の支配下に死体を隠匿し放置したことと比べて、葬祭義務を果たすことなく自己の支配下に死体を放置し続けたという不作為が、死体遺棄罪の保護法益である死者に対する社会的習俗としての宗教感情を一層害するものとはいえないから、作為の形態による死体遺棄行為により本件事象の違法性が評価し尽くされているといえる。そうすると、本件では、実体法上、作為の形態による死体遺棄罪が成立

し、不作為による形態の死体遺棄罪は成立しないと認めるのが相当である。

なお、本件では、①の隠匿行為に次いで、②の隠匿行為では、当時の交際相手の居室から被告人方での隠匿という状況の変化があり、完全に被告人の支配下に死体が移動して放置されているところ、このような死体の保管状況の変化に応じて、葬祭されなくなる可能性が格段に高まり、新たに死者に対する社会習俗としての宗教感情を害するに至ったといえるため、②の隠匿行為も、別途、死体遺棄罪が成立し、①及び②の罪は、包括一罪の関係にあたる。しかしながら、③及び④の隠匿行為は、②の隠匿行為により発生した違法状態を結果的に維持するものに過ぎないといえることから、別途、死体遺棄罪を構成するものではない。」

#### 公訴時効の成否

「そうすると、本件で成立する死体遺棄罪の公訴時効の起算点は、②の遺棄行為が終了した時である平成19年2月頃であり、平成24年9月19日に公訴提起した時点においては、既に3年が経過しているから、公訴時効が完成していたことが明らかである（刑事訴訟法250条2項6号）。」

2 大阪地裁平成28年11月8日判決 (D1-Law: 28244597, LLI/  
DB: L07150974)<sup>(44)</sup>

### (1) 事 案

被告人Xは、平成24年5月10日頃、当時生活していたアパートでAを出産したが、Aは同月12日頃死亡した。Xの夫Yは、Aの死体を埋めることを提案し、Xも渋々これを了承した。そこで、Yは、Aの死体を毛布にくるんで部屋から運び出し、土を詰めたプラスチック製ケース内に埋めて、これをアパートとは別の場所にあるシャッター付きガレージ2階に置いて放置した。同ガレージは、Yが古紙回収業務で使用するトラックを駐車し

---

(44) 本判決につき、安田拓人「判批」法学教室443号(2017年)140頁、山中(友)・前掲(注1)281頁以下。

たり、仕事道具を保管したりするために賃借していたものであった。平成26年1月頃、X・Yは、転居に際して、Aを埋めてある前記ケースを段ボール箱に入れ、これを転居先に運び込み、同年10月8日頃の転居、同年12月1日頃の転居に際しても、同様に、Aを埋めてあるケースを運び込んで放置した。

平成28年5月12日、警察官の捜索によりAの死体が発見され、同年6月3日、Xは死体遺棄罪で起訴された。

裁判では、検察官は、Xには葬祭義務を果たすことなくAの死体を放置したという不作为の死体遺棄罪が成立するとし、公訴時効の起算点をAの死体が発見された平成28年5月12日に求めたのに対して、弁護人は、Aの死体をプラスチック製ケースに埋めた状態でガレージ2階に放置した平成24年5月の時点で本件犯罪行為は終了しているとして、公訴時効の完成を主張した。

## （2）判 旨

大阪地裁は、「Xは、平成24年5月頃に大阪府摂津市内で死亡したAの母であるが、当時のXの夫であり前記Aの父であるYと共謀の上、前記Aを葬祭する義務があったのに、その頃から、同市（以下略）△△シャッター付きガレージ2階において、平成26年1月頃から平成28年5月12日までの間は、同府茨木市（以下略）××・110号室ほか2か所の当時の各被告人ら方において、前記Aの死体を、土を詰めたプラスチック製ケース内に埋められた状態で放置し、もって死体を遺棄した。」とする「罪となるべき事実」を認定したうえで、「争点に対する判断」において次のように判示した。

「法令や慣習等により葬祭をなすべき義務がある者が、死体の存する場所から立ち去るなどしてこれを放置したような場合には、不作为による『遺棄』が行われたものとして死体遺棄罪が成立すると解されるところ、基本的には、作為にしろ不作为にしろ、一旦『遺棄』と評価される行為が

行われた場合、その行為終了時点で犯罪は終了し、その後に死体が放置された状態が続いていたとしても、それのみで別途に死体遺棄罪が成立し続けるものではない。ただ、その後に新たな『遺棄』と評価される行為が行われれば、その後も死体遺棄罪が成立し得るが、その行為は作為によるものに限らず、当初の遺棄行為後も死体を葬祭すべき作為義務が消滅せず、その義務違反行為が続いていると解されるような場合には、不作為による遺棄が継続して行われていると認めることができる。」

「これを本件についてみると、Yは、XとYのみがその存在及び死亡の事実を知っているAの死体につき、社会的習俗上の埋葬をせず、土を詰めたプラスチック製ケースに埋めた状態で、実質的にはYのみが管理していた前記△△シャッター付きガレージ2階に放置したものである。このように、Yが、YかX以外には埋葬することができる者がいないAの死体を、自らが支配管理する場所に運び込んだことによって、Aの死体について社会的習俗に従った埋葬がなされるか否かが、Yないしこれと共同してAの死体の葬祭義務を有するXに、全面的に委ねられた状態になっている。このような場合には、Aの死体をプラスチック製ケースに入れて前記ガレージに一旦放置した後も、YによるAの死体の葬祭義務は消滅せず、その義務違反行為が続いていたとみるべきであって、不作為による継続的な遺棄行為が行われていたものと認めることができる。Xは、Yと共同してAを葬祭する法律上の義務を有する立場にあり、前記のようにYと共に他にAの死体を葬祭し得る者のいない状況にあったにもかかわらず、Aの死体を葬祭せずに埋めることを承諾し、その死体が同ガレージ内に放置されている状況を知ってから、Yに対してこれを容認する態度を取っており、Yによる前記遺棄行為に対する共謀が認められる。

そして、Xらが前記××・110号室に転居する際〔第1の転居の際〕には、Xも承諾の上、Aの死体が同室に移されており、以後は、X自身によっても支配管理される場所にAの死体が放置されていたのであって、以後の転居の後も同様の状況にあったのであるから、Xは、Yと共同してAを

葬祭すべき義務に違反していたというべきであって、前記ガレージでの遺棄に引き続き、Yと共謀しての不作为による遺棄が行われていたと認めることができる（なお、××・110号室への死体の移動は、このように作為義務を検討する際の状況の変化として考慮することはできるものの、死体自体の状況としては土を詰めたプラスチック製ケースに埋められたままの状態であり、かつ、Yによる管理自体には実質的な変化がないのであるから、当初の隠匿行為の結果が継続しているにすぎず、作為としては別途の遺棄とみることはできない。）」（〔 〕内は引用者）

したがって、本件死体遺棄罪の犯罪行為は、平成28年5月12日にAの死体が発見された時点まで続いており、公訴時効は完成して<sup>(45)</sup>いない。

### 3 大阪地裁平成30年7月2日判決（裁判所HP）<sup>(46)</sup>

#### （1）事案

被告人Xは、文化住宅居室において、①平成4年10月12日頃、②平成7年5月21日頃、③平成8年5月10日頃および④平成9年9月9日頃、それぞれ自分が出産した男児または女児の死体をタオルや衣類等で包んだ上からポリ袋等で包み、これをポリバケツ内にコンクリート詰めにするなどした上、同ポリバケツをポリ袋に入れて文化住宅居室の押し入れ内に放置した。Xは、⑤平成27年6月10日頃、文化住宅居室から判示被告人方に転居する際、本件4児の死体が入れたポリバケツの入ったポリ袋をそれぞれ段ボールに詰めて梱包し、上記段ボール4箱を被告人方押し入れ内に運び込み、同所に放置した。Xは平成29年11月20日に自首し、4児の死体が警察官によって発見された。

Xは、平成29年12月27日、③④の女児の死体を遺棄した罪で起訴され、

(45) Yを被告人とする大阪地裁平成29日3月3日判決（LEX/DB2554596）においても、理由づけを含めて本判決と同様の判断が下されている。

(46) 本判決につき、松尾誠紀「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No135（TKCローライブラリー2019年2月15日掲載）1頁以下参照。

平成30年1月31日、①②の男児の死体を遺棄した罪で起訴された。

## (2) 判 旨

大阪地裁は、4児のそれぞれについて、被告人は、葬祭義務があったのに、被告人方押し入れ内等において、「同児の死体を、円柱形の白色蓋付青色ポリバケツ内にコンクリート詰めにした状態で放置した」とする「罪となるべき事実」を認定したうえで、公訴時効の成否につき次のように判示した。

「死体を葬祭すべき義務のある者がその義務に違反して死体を放置したような場合は、不作為による遺棄として死体遺棄罪の構成要件に該当するところ、死体の葬祭義務が消滅せず、その義務違反行為が続いている場合には、不作為による遺棄が継続して行われていると解すべきである。」

「被告人は、本件四児の母親であり、文化住宅居室において本件四児の死亡当時、他人にその存在を明らかにしていなかったのであるから、その死体を葬祭すべき義務を負っていたことは明らかである。そして、被告人は、その頃から平成29年11月20日までの間、被告人の転居に伴い移動させながら、本件四児の死体を当時の被告人方である文化住宅居室や被告人方の押し入れ内で放置していたのであるが、……その間、文化住宅居室や被告人方には、被告人だけでなく、被告人の家族も居住していたものの、被告人が本件四児を妊娠・出産したことや本件四児の死体が上記のとおり放置されていることを知っていたのは被告人のみであり、かつ、それらの死体は、ポリバケツ内にコンクリート詰めにされて押し入れ内に入れられるという、事情を知らない者によって発見されることが想定し難い状態で放置されていたのであるから、同居人ら他人による本件四児の葬祭はおよそ期待できなかったものといえる。このように、本件においては、上記放置期間中、本件四児の死体を葬祭するか否かは被告人のみに委ねられ、被告人が本件四児の死体をその支配領域下に置いていたと評価できることに鑑みると、被告人が本件四児の死体を葬祭すべき義務は消滅しておらず、そ

の義務に違反する行為として、不作為による遺棄が継続していたというべきである。」

「弁護人は、本件死体遺棄行為の違法性は、本件四児の死体をポリバケツに入れてコンクリート詰めにして押し入れに入れるなどした作為により評価し尽くされているので、その後の放置行為に死体遺棄罪は成立しないと主張する。しかし、本件では、作為によって死体を隠匿等遺棄した者が、その支配領域を離れた場所に死体を放置した場合と異なり、死体の放置を開始した後も死体を自らの支配領域下に置き続けているのであるから、死体の放置行為自体にも、葬祭義務に違反する行為として、当初の隠匿等の行為では評価し尽くせない違法性が認められる。また、弁護人は、死体遺棄罪を継続犯として解釈すると、永久的に公訴時効が完成しないこととなるというが、一方で、死体の放置行為に先行する作為による遺棄行為が認定できる場合と認定できない場合とで公訴時効の起算点等に大きな違いが生じるというのも不合理というべきである。」

以上のとおり、本件各公訴提起時においては、時効期間である3年が経過しておらず、公訴時効は完成していない。

## 4 検 討

### （1）判例の基本的な立場

以上のように、作為の遺棄の後に不作為の遺棄があったとみられる事案につき、大阪地裁平成25年3月22日判決（以下、「平成25年判決」）は先行する作為の時点を公訴時効の起算点とみて公訴時効の成立を認めたのに対して、同平成28年11月8日判決ならびに同平成30年7月2日判決（以下、それぞれ「平成28年判決」「平成30年判決」）は不作為の遺棄の継続を認めて公訴時効の成立を否定した。

死体遺棄罪の罪質については、作為による場合は状態犯であって死体の移動等の時点で終了するのに対して、不作為による場合は継続犯であって作為義務および作為可能性が継続している限り終了しないとする理解が暗



黙の通説であるように思われる。上記各裁判例も、このような理解を前提とするものといえる。平成25年判決は、この前提に立ちつつ、作為犯と不作為犯が競合する場合には原則として不作為犯の成立が排斥されるとする<sup>(47)</sup>作為犯優先説、または、先行行為の評価に包摂される限りで後行行為に関する犯罪の成立が否定されるとする不可罰的事後行為の理論から、先行する作為の時点に公訴時効の起算点を求めたものと解される。

## (2) 作為の死体遺棄と不作為の死体遺棄

規範論の見地から作為犯優先説を基礎づけることによって、平成25年判決を支持したのは、江藤隆である。江藤によれば、作為による禁止規範違反が作為犯、不作為による命令規範違反が真正作為犯、不作為による禁止規範違反が不真正不作為犯である。1つの禁止規範に抵触する、作為犯にあたる行為と不真正不作為犯にあたる行為とが行われた場合には、1つの禁止規範違反しか認められないので、一罪として一度だけ評価すべきである。この場合、①作為の方が自然的な偶然とはいえ典型的な遂行形態であること、②不作為犯処罰は作為犯処罰より自由干渉度が強いこと、③作為犯の方が主体や行為の範囲が明確であることから、原則として作為犯の成否を優先して検討すべきであり、その成立を認めた場合には不真正不作為犯を認定してはならない、とする。

しかし、①の事実上の発生頻度が法適用の優先順位を決すべき理由はないし、死体遺棄罪については不作為の方が典型的な遂行形態であるようにも思われる。また、②③は不作為犯の成立要件を確定する際に考慮されるべき事項であるとしても、既に承認された不作為犯の成立要件を充足する不作為に対して刑罰法規を適用することを妨げる理由にはなりえない。さらに、①などから作為犯の思考上の優先性を導いたとしても、それは刑罰法規の適用上の優先性を導くものではないし、仮に作為犯に適用上の優先性を認めたとしても、ここで検討している諸裁判例のように、作為の部分

(47) 江藤・前掲(注43)73頁以下、山中(友)・前掲(注1)279頁以下など。

について実際に刑罰法規を適用して処罰していない場合（特に公訴時効によって刑罰法規を適用して処罰することができない場合）には、不作為の部分について刑罰法規を適用して処罰することは妨げられないであろう。特に、論者のように、葬祭義務者による本罪の不作為犯を不真正不作為犯と理解するのであれば、その成立要件を充たす限りで不作為は作為と「等価値」であるはずである（もっとも、埋葬義務者による本罪の不作為犯を通常の意味での不真正不作為犯とみるべきかは後に検討したい）。一方、もし作為犯優先説を犯罪成立上の要請として理解するなら、先行する作為の存在も不存在も合理的な疑いを超える程度に立証できない場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則（利益原則）に従って作為犯による処罰も不作為犯による処罰も許されないことになってしまう。

同様に、不可罰的事後行為の理論によって、作為の遺棄行為後における不作為犯の遺棄罪の成立を排除することも困難であろう。いわゆる不可罰的事後行為は、正しくは共罰的事後行為と称されるべきものであって、犯罪としては成立することを前提としつつ、先行する犯罪の評価に包摂されうることから、先行犯罪の法定刑の内部で包括的に評価されるものであるとする理解が現在では一般的である<sup>(48)</sup>。このような理解によれば、先行犯罪を処罰しない（できない）場合には、当然に後行犯罪を処罰することは可能である。これに対して、いわゆる不可罰的事後行為を、文字通り犯罪の成立が妨げられるものと理解するなら、先行する犯罪の存在も不存在も合理的疑いを超える程度に立証できない場合には、利益原則により先行犯罪による処罰も後行犯罪による処罰も許されないことになってしまう。

他方で、後述するように、葬祭義務者による死体の不埋葬の事実は、先行する死体の移動・隠匿等の行為の存否とは無関係に存在するものであるから、先行する犯罪行為によって生じた違法状態の維持・継続を内容とす

(48) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年、有斐閣）414頁、曾根威彦『刑法原論』（2016年、成文堂）653頁、山口・前掲（注13）401頁、西田（橋爪補訂）・前掲（注17）449頁など参照。

る不可罰的事後行為ないし共罰的事後行為ではなく、作為と併存する独立の不作为ではないか、という疑問もある。<sup>(49)</sup>

葬祭義務者による埋葬義務の不履行という不作为については、これを先行する作為によって生じた違法状態を維持する共罰的事後行為とみるにせよ、作為と併存する独立の不作为とみるにせよ、作為の遺棄行為の存在によって、死体遺棄罪の成立および同罪の罰則の適用が排除される理由はないであろう。

### (3) 不作为による死体遺棄罪の罪質

不作为による死体遺棄罪の罪質については、継続犯説と状態犯説とが対立している。

継続犯説は、<sup>(50)</sup>継続犯の性質に関する行為継続説の見地から、実行行為としての不作为の継続を根拠に本罪の不作为犯の継続を肯定するものである。

これに対して、状態犯説は、作為による死体遺棄罪が状態犯とされることとの均衡のほか、作為義務の消滅や死体に対する支配状態の変更の必要性などを理由として、不作为による本罪を状態犯と解するものである。<sup>(51)</sup>

作為義務の消滅を理由とするのは、松尾誠紀である。松尾によれば、保護責任者遺棄罪の保護法益である人の生命・身体などとは異なり、死体遺棄罪の保護法益である死者に対する敬虔感情は、当初の隠匿や当初の埋葬義務の不履行を超えて、その後も継続的に作為義務を課してまでその回復を強制するほどの要保護性を備えた利益とはいえない。それゆえ、埋葬義務違反に基づく不作为の死体遺棄罪は、埋葬しない限り継続して成立する

(49) 松尾・前掲(注43) 86-7頁、87頁注(35)、山下・前掲(注43) 124頁参照。

(50) 山中(友)・前掲(注1) 279頁、291頁以下、丸橋昌太郎「死体遺棄罪の終了時期」信州大学法学論集16号(2011年) 183-4頁など。

(51) 松尾・前掲(注43) 91頁以下、牧・前掲(注1) 205頁以下。このほか、不作为による死体遺棄を状態犯と解する理由を本罪が抽象的危険犯であることに求める見解として、山下・前掲(注43) 126頁以下。

ものではなく、埋葬すべきときに埋葬しないこととした態度を処罰の対象とする状態犯であって、埋葬義務者が義務を履行すべき相当の期間内に義務を履行しなかったことで終了する。相当な期間は義務の履行期間であるから、不作為犯はこの期間中継続するのではなく、期間内に履行しなかったことにつき1回だけ成立する。<sup>(52)</sup>

一方、死体に対する支配状態の変更の必要性を理由とするのは、牧耕太郎である。牧は、構成要件的结果の内容により状態犯と継続犯を区別する<sup>(53)</sup>という結果継続説の理解を前提として、次のようにいう。本罪の構成要件該当性の更新のためには、本罪の保護法益との関係において、死体に対する支配状況を変更することが必要である。<sup>(54)</sup>行為者と死体との場所的離隔を伴わない不作為による死体遺棄は、行為だけを見れば構成要件該当性が維持されているように見えるが、構成要件該当結果の更新がない。<sup>(55)</sup>それゆえ、平成25年判決の事案では、②の時点において死体に対する支配状況の変更により構成要件該当性が更新されているが、その後は引越しを伴っているものの、死体に対する支配状況に変化がないので構成要件該当性は更新されていない。<sup>(56)</sup>

継続犯の性格について、松尾は行為継続説を前提とし、牧は結果継続説を前提とするが、不埋葬状態の時間的延長自体に当罰的な法益の侵害・危殆化は認められないとの評価から出発する点は共通である。

これに対して、本罪が状態犯か継続犯かの問題から離れて、不作為による死体遺棄罪の継続的成立を論証しようとしたのが、橋爪隆である。

橋爪は、不利益な状態の継続を構成要件的结果とする犯罪類型を継続犯、法益状態の変化を構成要件的结果とする犯罪を状態犯とする結果継続説の理解を前提としつつ、<sup>(57)</sup>具体的事案において犯罪の成立が継続する場合

(52) 松尾・前掲（注43）92-3頁。

(53) 牧・前掲（注1）192-3頁。

(54) 牧・前掲（注1）207頁。

(55) 牧・前掲（注1）209頁。

(56) 牧・前掲（注1）210頁。

として、①実行行為自体が継続する場合、②実行行為は終了しているが、一定の法益侵害の継続を構成要件の結果とする犯罪（継続犯）において法益侵害状態が継続している場合、③実行行為自体は終了しているが、法益状態の悪化という変化を構成要件の結果とする犯罪（状態犯）において法益状態の変化が継続的に生じている場合をあげたうえで、①の見地から不作為による死体遺棄罪の継続的成立を基礎づける。橋爪によれば、不作為犯については、まさに作為義務を履行しないことが実行行為の内容を構成するのであるから、保障人的地位にある者が、作為可能性がありながら、作為義務を履行しない不作為が構成要件に該当する限り、実行行為それ自体が継続的に行われ、犯罪が継続することになる。この結論は、実行行為それ自体の継続性によって導かれるから、その犯罪が一般的に継続犯、状態犯のいずれに分類されるかとは無関係である。作為の死体遺棄罪については、死体を移動させることが遺棄の法益侵害性によって重要な意義を有することから、死体を移動させた段階で、遺棄の実行行為は終了し、死者に対する敬虔・尊崇の念が一般的に侵害されることから本罪の結果も生じており、犯罪は終了する。これに対して、不作為の死体遺棄罪の場合、葬祭義務を負う者が、その義務を履行しない不作為が実行行為を構成することになる。死者がきちんと弔われることなく、放置されている状態が継続する限り、葬祭義務者の義務の不履行は継続し、心身の障害などによって作為が期待できない状況に至るか、第三者によって死体が適切に弔われるかするまで犯罪は終了しない。

以上の各見解のうち継続犯説に対しては、作為による死体遺棄罪が状態犯であって、死体の置かれた場所や死体に対する支配状態の変更によって終了することとの均衡が問われるであろう。特に不作為による死体遺棄罪を不真正不作為犯と解するときは、等置されるはずの作為による場合と不作為による場合とで罪質が異なるというのは不合理であろう。

---

(57) 橋爪・前掲（注1）265-6頁。同「不真正不作為犯における作為義務」警察学論集69巻2号（2016年）122頁も参照。

これに対して、状態犯説は、作為による場合との整合性を保持している。特に、作為による死体遺棄罪が死体の支配状況の変更を構成要件の結果とするのであれば、不作為による死体遺棄罪でも同じ構成要件の結果を必要とする<sup>(58)</sup>という理解は自然である。もっとも、不埋葬状態の時間的更新自体に当罰的な法益の侵害・危殆化は認められないとする価値判断には異論の余地があろう。「死体遺棄罪は、社会的習俗に従った埋葬がなされた状態の確保を保護するもので、埋葬しないという不作為に本質がある犯罪類型であって、作為はその現象形態の1つにすぎない」とする安田拓人の指摘<sup>(59)</sup>に示されるように、死体が葬祭義務者により適切に埋葬されないこと自体が人々の死者に対する敬虔感情を害するのであって、不埋葬状態の時間的更新自体に当罰的な不法を認めることもできるように思われる。

こうして、犯罪類型を単位とした継続犯の理解としては結果継続説に立ちつつも、実行行為としての不作為の継続に着目することで、作為による場合と不作為による場合との罪質の分裂を防ぎながら、不作為による死体遺棄罪の継続的成立を基礎づけた橋爪の見解が注目されるところである。もっとも、結果の面に注目するなら、作為による死体遺棄罪では支配状態の変更を要するのに対して、不作為による死体遺棄罪では不埋葬状態の時間的更新で足りるとする点で、なお不統一なところがあることは否定できない。

そこで、作為による死体遺棄罪と不作為による死体遺棄罪の異質性を正面から認めて、作為による死体の支配状態の変更と不作為による不埋葬と

---

(58) 平成25年決定の「死体をタオルで包み、ポリ袋に入れる等の作為により、自己の支配下に死体を隠匿し放置した」と比べて、葬祭義務を果たすことなく自己の支配下に死体を放置し続けたという不作為が、死体遺棄罪の保護法益である死者に対する社会的習俗としての宗教感情を一層害するものとはいえない」との判示は、作為犯優先説または不可罰的事後行為の理論から、不作為に対する評価が作為に対する評価に包摂されるべきことを述べたものと解するのが素直であるが、あえて状態犯説に引きつけるならば、法益状態の悪化としての構成要件の結果の新たな発生が認められないという趣旨に理解する余地もあろう。

(59) 安田・前掲（注44）140頁。

を別の犯罪類型（構成要件）とみる二元的構成を採るのが実態に合っているように思われる。すなわち、広義の死体遺棄罪（190条）には、狭義の死体遺棄罪（狭義の死体遺棄構成要件）と不埋葬罪（不埋葬構成要件）とが包含されていると解するのである。<sup>(60)</sup> 狭義の死体遺棄罪は、死体の移動や死体に対する支配・管理状態の変更といった法益状態の変化を構成要件の結果とする状態犯である。<sup>(61)</sup> これに対して、不埋葬罪は、葬祭義務者・監護義務者を主体とし、死体が埋葬されぬまま放置されているという事実状態の時間的更新を構成要件の結果とする継続犯である。<sup>(62)</sup> また、この不埋葬罪は、前述の安田の指摘が示唆しているように、刑法190条が本来的に予定している独立の犯罪類型であって、作為による遺棄との等置という思考を経ることなく処罰の対象となるという意味で、真正不作為犯に分類することが可能であろう。不作為による死体遺棄罪については、不真正不作為犯における作為義務の発生根拠である危険創出や排他的支配を問うことなく、葬祭義務者・監護義務者に一律に作為義務が認められているのも、<sup>(63)</sup> 監護権者等の不埋葬が、狭義の死体遺棄罪の不真正不作為犯ではないことを

(60) このような二元的構成は、死体遺棄を「葬祭義務者が葬送を行わないこと、あるいは第三者が義務者のもとから死体等を作為・不作為により隔離・隠匿する行為」とする嶋矢貴之の定義（西田典之=山口厚=佐伯仁志編『注釈刑法 第2巻』（2016年、有斐閣）678頁〔嶋矢貴之〕）にも示唆されているように思われる。

(61) 狭義の死体遺棄罪には、死体を人目に晒す行為のように、それ自体で死者に対する敬虔感情を危殆化する行為と、死体を隠匿する行為のように、死体の発見を妨げ適切な埋葬の実施を困難にすることを通じて死者に対する敬虔感情を害する行為とが含まれる。これは、（単純）遺棄罪に、場所的移動自体が被害者の生命・身体に危険をもたらす場合と、場所的移動により保護責任者による適切な保護を困難にした場合とが含まれることに対応する。

(62) 不作為による死体遺棄罪の成立にとって義務者の現場からの離去が不要であることにつき、名古屋高裁金沢支部平成24年7月12日判決（本判決につき、仲戸川武人「判批」警察公論68巻6号（2013年）96頁以下、濱克彦「判批」研修776号（2013年）21頁以下、松下裕子「判批」警察学論集66巻5号（2013年）169頁参照）。

(63) 総論上の作為義務の発生根拠論に照らして本罪における作為義務を検討するものとして、萩野貴史「死体遺棄罪における『遺棄』概念に関する覚書」名古屋学院大学論集社会科学編53巻4号（2017年）200頁以下。



<sup>(64)</sup>  
示すものといえる。

以上のように解された広義の死体遺棄罪は、遺棄の罪に関する刑法217条の単純遺棄罪、218条前段の保護責任者遺棄罪、同条後段の不保護罪の3者を統合したものに相当する。遺棄の罪においては、被害者の場所的移動ないし保護環境の変更を構成要件的结果とする狭義の「遺棄」（刑法217条、218条前段）と不保護状態の時間的更新を構成要件的结果とする「不保護」（同法218条後段）とが法文上書き分けられているのに対して、死体遺棄においては狭義の遺棄と不埋葬とが書き分けられていないのは不均衡であるものの、刑法190条の「死体を……遺棄した」という言葉の中に、狭義の遺棄と不埋葬の2つの意味を読み込むことは、可能な語義の範囲内にとどまるものと考えられる。

もっとも、真正不作為犯という概念が行為態様としての「不作為」を意味するものであるかは検討の余地がある。作為犯と真正不作為犯とが並べて規定されている例としては、（保護責任者）遺棄罪と不保護罪のほかに、住居侵入罪（刑法130条前段）と不退去罪（同条後段）がある。たとえば、建造物の内部に向けて進行する動く歩道上で行為者が静止していた場合には、行為態様としては不作為であるが建造物侵入罪に当たるし、退去の要求を受けた者が建造物の外部に向けて進行する動く歩道上で逆方向に歩くことは、行為態様としては作為であるが不退去罪に当たる。両罪の区別の本質は、行為の様態が作為か不作為にあるのではなく、法益状態の変化を構成要件的结果とするのか（状態犯）、同一の法益状態の時間的更新を構成要件的结果とするのか（継続犯）、にあるように思われる。法益状態の変化は作為によってもたらされるのが通常であり、同一の法益状態の維持は不作為によってもたらされるのが通常であることから、状態犯は作為犯として表現され、継続犯は（真正）不作為犯として表現されることが多

---

(64) これに対して、死体遺棄罪の不真正不作為犯は、作為義務を有する者が、ベルトコンベアーに乗った死体の移動を阻止しない場合などを意味するものと考えられる。



いものと思われる。<sup>(65)</sup> 広義の死体遺棄罪についても、端的に、死体の移動ないし死体に対する支配状態の変更を結果とする状態犯（狭義の死体遺棄罪）と死体の不埋葬状態の時間的更新を結果とする継続犯（不埋葬罪）とを内包するものと解するのが理論的には正確であろう。作為義務のある者がベルトコンベヤーに乗った死体の移動を阻止しないことは、狭義の死体遺棄罪の不真正不作為犯であり、葬祭義務者が他の葬祭義務者による埋葬を妨害することは、作為による不埋葬罪であると考えられる。

以上のような二元的構成によれば、狭義の死体遺棄行為の終了後においても不埋葬行為が存続している限り公訴時効は進行しないと解されることから、平成25年判決においては、平成28年判決ならびに平成30年判決と同様に、公訴時効の完成は否定されるべきであったように思われる。

## VI 外国人登録不申請罪と公訴時効の起算点——最高裁 昭和28年 5 月14日判決（刑集 7 巻 5 号1026頁）<sup>(66)</sup>

### 1 事 案

被告人 X は、外国人であり、昭和22年 5 月 2 日の外国人登録令（勅令 207号）施行当時、埼玉県 A 郡 B 町に居住していたものであるが、同月 31 日までに町長に対し所定事項の登録の申請をなすべきであるのに、昭和 26 年 4 月 15 日まで右申請をしなかった。X は、同年 4 月 30 日に外国人登録不申請罪（同令 4 条 1 項・12条 2 号）<sup>(67)</sup> で起訴された。

---

(65) 真正不作為犯の本質を犯行の継続的性質に求める裁判例として、東京地裁昭和 25 年 11 月 29 日判決（裁時 72 号 4 頁）。

(66) 本判決につき、伊達秋雄「判批」判例タイムズ 31 号（1953 年）68 頁以下、萩野・前掲（注 1）213 頁以下など参照。

(67) 外国人登録令 4 条 1 項は、「外国人は、本邦に入ったときは六十日以内に、外国人でないものが外国人になったときは十四日以内に、居住地を定め、内務大臣の定めるところにより、当該居住地の市町村……の長に対し、所要の事項の登録を申請しなければならない。」と規定し、同令 12 条は、4 条 1 項の規定に違反して登録

第1審判決（東京地判昭和26年5月30日刑集7巻5号1038頁参照）は、Xを同罪で有罪とした。

原判決（東京高判昭和26年10月27日刑集7巻5号1039頁参照）は、以下のよう  
に判示して、公訴時効の完成を認めた。

「昭和22年5月2日勅令第207号外国人登録令附則第2項、第3項、同令第4条、第12条第2号の趣旨につき按ずるに、昭和24年11月1日法務府民事第2491号（6）159号法務府民事法務長官、法務府刑政長官連名の各都道府県知事宛の通牒によると、未登録の外国人から登録申請があったときは適法な入国、出生、婚姻による外国人である身分の取得等のあらたな事由に基づく場合を除いて登録申請を受理しない旨（同通牒第2項第1号）並びに只都道府県知事の退去命令又は退去の強制処分がなかった場合に限り市町村長は所轄検察庁からその旨の通知を待って、登録の申請を受理すべき旨（同第4号）を定めているので、右外国人登録令附則第2項により同令施行の際（昭和22年5月2日）現に日本に在留する外国人が同令施行の日から30日以内に登録の申請をしなかった場合にはその後所定の登録の申請をしても右通牒第2項第4号の検察官からの通知がない限りは受理されないのである。従って昭和22年5月2日から30日を経過した後は右のような外国人は（同令施行後正式に入国した外国人は60日を経過した後も同様）登録申請の義務があるとしてもこれを履行することはできないのである。さて継続犯は犯罪既遂後も違法状態の継続中は実行行為も継続しているとみるべき場合で、公訴時効は実行行為終了のときから進行するのである。そして不作為犯たる継続犯の場合においては作為義務消滅の時から、はじめて公訴時効は進行するのであるが、それは作為義務が履行可能であることを前提とするものと解すべきである。その不可能な場合にも義務があり、その不履行を犯罪の実行行為と解することは責任の本質を非難可能性とみる道義的責任を基盤とする刑法の解釈として許されない。この見地

---

の申請をなさなかった者を6月以下の懲役もしくは禁錮、1000円以下の罰金または拘留もしくは科料に処する旨規定していた。

から考えると同令に定める登録不申請罪は少くとも公訴時効期間の起算点の問題については右所定期間を徒過したことにより既遂となると同時に犯罪実行行為は終了するものと解し、その時から公訴時効は進行するものとするを相当とする。この見解は適法に登録した者が登録証明書不携帯罪に問われることがあることや、登録替の不履行の場合の責任などのことから考えると不合理のようであるが、これは道義的責任を基盤とする刑法の根本理念からは避け難い不合理であって、この不合理を解消するには登録期間経過後も登録申請を受理するような措置を採るべきである。なお反対説によると本罪については既遂後数十年経過しても公訴時効は完成しないという結果になることも考慮すべきである。

ところが本件記録によれば本件公訴が提起されたのは昭和22年5月2日から30日の期間を経過した同年6月1日から起算して3年の公訴時効が既に完成している昭和25年6月1日以後である昭和26年4月30日であることは明白であるから、本件は已に公訴時効の完成したものである。」

これに対して、検察官から上告がなされた。

## 2 判 旨

「昭和22年5月2日勅令207号外国人登録令は、外国人の入国に関する措置を適切に実施し、且つ外国人に対する諸般の取扱の適正を期することを目的とするものであるから（同令1条参照）、同令附則2項において『この勅令施行の際現に本邦に在留する外国人は、この勅令施行の日から30日以内に、第4条の規定に準じて登録の申請をしなければならない。』と定めている『30日以内』というのは、右期間内に限り是非とも登録の申請をなさしむべき特殊の必要があるから、該期間が定められたものではなく、ただ単に右登録申請義務の履行を猶予する期間として定められたに過ぎないものと解すべきである。それ故、その義務は、所定の期間の経過を以て消滅するものではなく、当該外国人が本邦に在留する限り、これを履践するまで継続するものであると認めなければならない。従って、同附則3項に

よって準用され同令12条2号の登録不申請罪に対する公訴の時効の進行は、所定期間の経過の時から起算すべきものではなく、その後その義務の履践によって義務が消滅した時を標準として起算するを相当とする。

また、原判決引用の通牒（昭和24年11月1日法務府民事局民事甲第2491号（6）159号法務府民事法務長官、法務府刑政長官連名の各都道府県知事宛未登録外国人の新規登録申請に関する件）は、未登録外国人の新規登録申請あったときは、市区町村長は一応これを受取りおき、退去命令又は退去強制の処分がなされるか否かを見定め、それがなされないで引続き本邦に在留することを許容されたとき正式に申請を受理して登録証明書を発行する簡捷な行政措置を執るよう指示したに止り、未登録外国人の新規登録申請を原則として受理しないことを命じたものとは解されないばかりでなく、かかる通牒を以て前記勅令の登録申請義務を左右することのできないこと多言を要しない。

されば、右通牒により登録申請義務は履行できないものとし、前記のごとく判断した原判決は失当であり、論旨はその理由があつて、原判決は、破棄を免れない。」

### 3 検 討

外国人登録不申請罪の性質については、これを状態犯と解する立場（状態犯説）と継続犯と解する立場（<sup>(68)</sup>継続犯説）とが考えられる。状態犯説からは、本罪は法定の申請期間を過ぎた時点で既遂に達すると同時に終了し、その時点から公訴時効は進行する。これに対して、継続犯説からは、本罪は行為者が外国人登録を申請したり国外に退去したり死去したりして不申請状態が解消されるまで継続し、不申請状態が解消されない限り本罪

---

(68) 伊達秋雄「外国人登録不申請罪の性質（公訴時効の問題）」判例タイムズ22号（1952年）36-7頁、正田満三郎「外国人登録不申請罪の性質（真正不作為犯の本質と公訴時効の問題）」判例タイムズ26号（1953年）33-4頁、萩野・前掲（注1）226頁以下。

の公訴時効は進行しないことになる。本判決以前の下級審裁判例は、状態犯説に立つものと継続犯説に立つものとに分かれていた。

状態犯説に立つ裁判例には、「不作為犯たるこの登録不申請罪において、期待せられている作為義務は、一定の期間内に登録申請をなすことであり、この期間を超えて残存する申請義務を含むものではない。従って外国人が登録申請をなさずして、この期間を徒過するときは、同罪は完全に成立して既遂となり即時に終了するものである。」とする広島地裁昭和25年12月27日判決（刑集7巻7号1661頁参照）や、「いわゆる登録申請をなさずして法定の期間を徒過するということが犯罪の構成要件の内容であって、その内容に何等時間的継続の要素を含んでいない。すなわち登録申請をなすことなく期間を徒過すると同時に、構成要件は充足され、犯罪は既遂となって終了するものと解すべき」とする札幌地裁昭和25年11月21日判決（高刑集4巻2号201頁参照）などがある。前者の広島地裁判決は、継続犯に関する行為継続説の理解を前提に、申請期限後の申請義務の不存在を理由に本罪の実行行為の継続を否定したものといえよう。<sup>(69)</sup>表題判例の原判決も、同様の見地から、法務府通牒の内容によって期限経過後の作為義務の不存在を導こうとしたものにほかならない。一方、後者の札幌地裁判決は、継続犯に関する結果継続説の理解を前提としたうえで、「申請期限の徒過」という状態の変化に構成要件的結果を求めたものとみることができよう。<sup>(70)</sup>

これに対して、継続犯説に立つ裁判例としては、「法令施行当時在住の外国人に対して、昭和22年5月2日以降30日以内に登録の申請をなすべき

---

(69) 同様の理解に立つと思われる裁判例として、広島高裁昭和26年8月30日判決（刑集7巻7号1664頁参照——前記広島地裁昭和25年12月27日判決の控訴審）、東京高裁昭和26年12月28日判決（東高刑時報1巻14号230頁）、松山簡裁昭和27年2月21日判決（高刑集5巻13号2679頁）、高松高裁昭和27年11月5日判決（高刑集5巻13号2674頁——前記松山簡判昭和27年2月21日の控訴審）。

(70) 同様の理解に立つと思われる裁判例として、新宿簡裁昭和25年10月3日判決（裁時69号12頁）。

ことを規定した昭和22年勅令第207号附則第2項は、この法令の周知徹底をはかり登録事務の円滑を期する上から登録申請の猶予期間を与へたにすぎないものと解せられ、決してそれ以後登録申請義務が消滅し、罰則の適用を受けなくなることを意味するものではない。」とする札幌高裁昭和26年3月28日判決（高刑集4巻2号194頁——前記札幌地裁昭和25年11月21日判決の控訴審）がある。これは、継続犯に関する行為継続説の理解を前提としつつ、申請期限を申請義務の存続期間ではなく、免責期間または猶予期間と解することによって不作為による実行行為の継続を認めたものといえる<sup>(71)</sup>。表題判例も、原判決の法務府通牒に関する理解の誤りを正しつつ、作為義務の存続による実行行為の継続を導いたものといえる<sup>(72)</sup>。<sup>(73)</sup>

しかし、これまで述べてきたように、公訴時効の起算点にとって重要であるのは構成要件的結果の継続性の有無である。

外国人登録不申請罪を純粋な手続違反罪と解し、かつ、申請期限を義務の存続期間と解するなら、申告期限経過後には刑罰によって禁圧すべき不法な事態は存在しないことから、本罪は「申告期限の徒過」を構成要件的結果とする状態犯ないし即成犯と解することができよう。

しかし、本罪の不法内容は、単なる手続違反にとどまるものではなく、「外国人が登録を通じた政府による把握なしに在留していること」に求められる。このような「外国人の登録なき在留」によって、外国人に対する

---

(71) 申告期間を免責期間とみる立場と猶予期間とみる立場は、申請期間内の申告義務の不履行をさしあたり義務違反とみるか否かという点で異なるが、期間経過後も申請義務の存続を認める点では共通する。

(72) 同様の理解に立つと思われるものとして、東京地裁昭和25年11月29日判決（裁時72号4頁）、仙台高裁秋田支部昭和26年4月20日判決（高裁刑特22号232頁）、大阪高裁昭和26年6月1日判決（高刑集4巻5号537頁）、名古屋高裁昭和27年3月27日判決（高刑集5巻4号530頁）。

(73) 継続犯説に立つて申請義務の履践によって義務が消滅した時点を公訴時効の起算点とした判例として、最高裁昭和28年7月31日判決（刑集7巻7号1654頁——前記広島高裁昭和26年8月20日判決および前記広島地裁昭和25年12月27日判決の上告審）。

国家のコントロールという法益は、時々刻々と侵害され続けているものといえよう。<sup>(74)</sup> 本罪は「外国人の登録なき在留」を構成要件の結果とする継続犯であって、登録申請、国外退去、帰化、死去により「外国人の登録なき在留」という状態が解消されない限り本罪の公訴時効は進行し<sup>(75)</sup>ないと解すべきである。<sup>(76)</sup> 昭和27年に外国人登録令が廃止され、外国人登録法に引き継がれた際に、「3条1項……の規定に違反して、登録証明書の交付、再交付又は書換の申請をしないでこれらの項の規定する期間をこえて本邦に在留する者」(圈点は引用者)を罰する規定(同法18条1項1号)となったことは、上述の理解を補強するものといえる。<sup>(77)</sup>

なお、福岡高裁昭和26年5月24日判決(高刑集4巻7号678頁)は、本罪が継続犯であることから、登録申請期間経過後に刑法法規の改正があった場合には新法を適用すべきとしている。しかし、法令の適用については実行行為時が基準となることから、新法の適用のためには、法改正後も実行行為が継続していたこと、したがって、申請期間経過後も登録申請義務が存続し、かつ実際に登録申請が可能であったことを必要とするであろう。

---

(74) 伊達・前掲(注68)37頁参照。

(75) 萩野・前掲(注1)226頁以下は、不作為犯には結果に向かう因果に介入しない類型と、行為者の身体が存在が結果発生に作用する類型とがあり(萩野貴史「作為犯と不作為犯の区別について——不作為犯における作為義務の主体・内容に関する検討の必要性——」獨協ロー・ジャーナル7号(2012年)77頁以下参照)、後者に属する外国人登録不申請罪においては、登録義務を果たさないで外国人が本邦に滞在すること自体が本罪の法益を危殆化すると説く。

(76) 本罪は、外国人が登録申請義務を果たした場合のほか、国外に退去した場合にも終了すると考えられるが、後者の場合に本罪が終了するのは、単に登録申請義務に関する作為可能性が失われるからではなく、本罪の予定する法益侵害・危殆化が終了するからである。

(77) 入管法70条5号の不法在留罪も、同様に解されるべきである。